

O Contrato de Depósito – Influências do Direito Romano na Atual Sistemática do Direito Brasileiro

Leandro Navega*

Sumário

1. Introdução. 2. Contrato de Depósito no Direito Romano. 2.1. O Contrato como Fonte das Obrigações no Direito Romano. 2.2. Origem do Depósito no Direito Romano. 2.3. O Conceito de Depósito no Direito Romano e Suas Principais Características. 2.4. Natureza do Contrato de Depósito. 2.5. Obrigações do Depositário. 2.5.1. Manter a Coisa sob a Sua Guarda. 2.5.2. Restituir a Coisa no Momento em que For Solicitado pelo Depositante. 2.5.3. Responder pela Perda ou Avaria da Coisa. 2.6. Situação do Depositante. 2.7. Tutela do Depositante e Depositário. 3. Depósitos Especiais. 3.1. Depósito Necessário (*Depositum Miserabile*). 3.2. Depósito Irregular. 3.3. Sequestro. Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo o estudo das origens romanistas do contrato de depósito e sua influência na atual normatização do Código Civil brasileiro. Serão analisados os principais elementos do Direito Romano na seara contratual, notadamente suas divisões e fundamentos históricos na teoria geral dos contratos, bem como no negócio jurídico escolhido para o aprofundamento, o depósito.

Antes de enfrentar tema de tal relevância do Direito Romano privado, faz-se mister examinar de maneira pormenorizada a importância do estudo do Direito Romano para a formação de um civilista e sua categorização como um dos pilares do direito privado.

O estudo vai analisar, portanto, as principais características do contrato de depósito no Direito Romano e suas influências no atual Código Civil Brasileiro. Ainda, serão examinados os principais dispositivos da legislação brasileira atinentes ao depósito, oportunidade em que se vai verificar as regras que guardam resquícios romanísticos no sistema jurídico.

É fato inequívoco que o Direito Romano da época clássica nunca se aprofundou na elaboração teórica de nenhum instituto, mas, ao contrário, foi essencialmente construído com alicerce na análise de casos em espécie, sobretudo através de pareceres de juristas e de decisões dos pretores. Não existia um ordenamento jurídico geral e abstrato anterior aos fatos, o que não retira a sua importância na influência das legislações de direito privado de vários ordenamentos, notadamente em face da

* Doutorando em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Membro do MPRJ. Professor de Direito Civil da Universidade Cândido Mendes.

sua capacidade de sistematização do direito. Apesar da grande evolução tecnológica da civilização no último século, o Direito Romano continua sendo a fonte material do Direito Moderno¹ de maior relevância.

O Direito Romano confere sentido ao futuro. A sua análise é imprescindível para qualquer civilista que tenha o propósito de conhecer o sistema de direito privado. "Sem a raiz de Roma e sem o enraizamento do Direito Romano não há possibilidade de um direito decifrável e compreensível no nosso caminho para a justiça, na luta pela sobrevivência da pessoa em cada homem"².

O primeiro Código Civil Brasileiro foi elaborado por Clóvis Beviláqua em 1916, com vigência a partir do ano seguinte. O Novo Código Civil de 2002 trouxe profundas inovações no ordenamento brasileiro, com institutos modernos, cujo objetivo é adequar o direito privado aos anseios da sociedade. A inclusão desses novos mecanismos em uma legislação moderna não suprimiu as influências romanísticas, que permanecem claras na legislação brasileira.

Não existem dúvidas a respeito da grande influência do Direito Romano e do Direito Português no processo legislativo brasileiro. Santos Justo³ aduz que a legislação brasileira se aproxima mais do Direito Romano do que o próprio ordenamento jurídico português. Salienta o renomado autor a existência de maior influência da tradição romanista portuguesa do que da sua própria legislação⁴.

O presente trabalho visa demonstrar as marcas do Direito Romano na normatização do contrato de depósito no Novo Código Civil, ratificando a ideia da importância do seu estudo para conhecer os fundamentos basilares da formação do *Código*.

2. Contrato de Depósito no Direito Romano

2.1. O Contrato como Fonte das Obrigações no Direito Romano

Antes de iniciar a análise minuciosa do contrato de depósito, é necessário examinar de maneira resumida conceitos e classificações prévias que permitam situar o negócio jurídico no contexto do estudo do direito privado romano.

¹ COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Codificação e Interpretação para além das visões reducionistas do direito: uma reflexão a partir do devir histórico da experiência jurídica romana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, ano XII, nº 73, 2011, p. 200.

² PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Por uma nova docência universitária do Direito. In: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Edição Especial. XI CONGRESSO INTERNACIONAL E XIV CONGRESSO IBERO-AMERICANO DE DIREITO ROMANO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra, 2010, p. 19.

³ JUSTO, Antônio Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, São Paulo: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 20, p. 3-14, 2001.

⁴ Um dos exemplos conferidos pela doutrina refere-se ao tratamento dispensado pelos ordenamentos aos efeitos do contrato de venda e compra. No Código Civil brasileiro, o contrato de venda e compra não transfere, mas tão somente obriga a transferir a propriedade, ou seja, produz efeitos obrigacionais. Já no Direito Português, a constituição ou transferência de direitos reais dá-se por mero efeito do contrato, isto é, a compra e venda produz efeitos reais. Nesse aspecto verifica-se forte influência do Código Civil francês nos Códigos Civis portugueses de 1867 e de 1966, afastando-se claramente da tradição jurídica romana que exigia a *traditio* na transmissão de bens, ainda que, por vezes, simbólica nos bens imóveis.

Segundo Moreira Alves, existem três classificações diferentes de obrigações no Direito Romano, sendo duas atribuídas a Gaio e uma às *Institutas*⁵ de Justiniano. Com o fito de demonstrar que em todas as classificações os contratos eram tidos como fontes, vale a pena colacionar os textos, conforme tradução realizada⁶:

Gaio (*Institutas*, III, 88):

Nunc transeamus ad obligationes. Quarum suma diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto (Agora, passemos às obrigações, cuja principal classificação é em duas espécies: toda obrigação ou nasce de contrato ou de delito.)

Gaio (*Libro secundo aureorum*) (D, XLIV, 7, 1, pr.):

Obligationum aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex uariis causarum figuris (As obrigações ou nascem de contrato ou delito ou, por certo direito próprio, de várias figuras de causas), e Justiniano (*Institutas*, III, 13,2).

Sequens diuisio in quattuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio (A divisão as classifica em quatro espécies: ou nascem de um contrato ou como de um contrato ou de um delito ou como de um delito).

Ao analisar as três classificações, verifica-se que o contrato figura como fonte em todas elas. As duas primeiras são atribuídas a Gaio, sendo a principal diferença entre a primeira (*Institutas*) e a segunda (*Libro secundo aureorum*) o fato de na última acrescer-se uma nova fonte, um terceiro elemento genérico, continuando como ponto comum o delito e o contrato. Na verdade, desde a primeira classificação de Gaio existia grande dificuldade em explicar algumas obrigações que não fossem decorrentes de acordos de vontade ou do próprio delito.

Já na terceira classificação, a mais usada atualmente pelos autores romanistas, não existia a distinção entre *obligatio* (obrigação tutelada pelo *ius civile*) e *actione teneri* (obrigação tutelada pelo *ius honorarium*), uma vez que elas se fundiram na denominação genérica de *obligationes*. As fontes das obrigações passam a ser o contrato, o quase-contrato, o delito e o quase-delito. A classificação é mais completa que a segunda fornecida por Gaio, principalmente em face de uma delimitação mais específica no tocante àquele terceiro elemento genérico proposto na segunda classificação. Ao especializar a divisão em quase-contrato e quase-delito em situações diferentes deixou de reunir em uma mesma fonte fatos jurídicos heterogêneos⁷.

⁵ Mantemos (aqui) a designação "*Institutas*", por ser a utilizada pelo A. Segundo Sebastião Cruz, ela constitui, no entanto, "um galicismo" e, por isso, o termo latino "*institutiones*" deve ser traduzido por "*instituições*". CRUZ, Sebastião. *Direito Romano*, I. Fontes, 4.ª ed. Coimbra: 1984. p. 364.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14.ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 397/398.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 399.

O Direito Romano ignorava os conceitos abstratos, inclusive os hoje atribuídos aos contratos, limitando-se a apresentar tipos determinados de contratos, que, em conformidade com o *ius civile*, podiam criar *obligationes*⁸.

2.2. Origem do Depósito no Direito Romano

O contrato de depósito teria sido criado no Direito Romano no momento em que a *fiducia cum amico* se tornou completamente inadequada para tutelar as necessidades do tráfico jurídico⁹. Questão bastante discutida pela doutrina é a forma da tutela desse negócio jurídico antes da previsão do depósito. Santos Justo defende que “a *fiducia cum amico* foi muito provavelmente, a figura jurídica a que os Romanos recorriam antes de a *iurisprudencia* ter criado o *depositum*”¹⁰. Moreira Alves concorda com o renomado autor português e noticia que “usava-se, nos tempos primitivos, da figura da *fiducia cum amico*”¹¹.

A utilização da *fiducia cum amico* com essa finalidade não é fato incontroverso na doutrina. Vieira Cura, ao analisar o tema, discorda do posicionamento dos autores retrocitados e afirma a existência de uma tutela penal do depósito, desde a Lei de XII Tábuas. Esse fato, na opinião do renomado autor, não pode deixar de ser considerado como forma de reconhecimento desse contrato, em uma época, saliente-se, que provavelmente não tinha surgido a *fiducia*.¹²

Em razão disso, reputa o Vieira Cura, acertadamente, ser mais bem fundada a tese do desenvolvimento ou aplicação paralela desses institutos, o que rejeita a possível filiação do depósito na *fiducia cum amico*¹³.

A doutrina dominante¹⁴ sustenta que o contrato de depósito foi devidamente reconhecido por meio de uma *actio* penal, preconizada na Lei das XII Tábuas e reavivada por *Paulus* em PS II, 12, 11¹⁵. Moreira Alves também aduz que a Lei das XII Tábuas tratava do depositário infiel, conferindo contra ele uma *actio in duplum*, ou seja, uma ação que visava a condenação no dobro do valor da coisa dada em depósito¹⁶. O depósito era visto somente na perspectiva do furto, apesar da grande divergência existente sobre a natureza penal da ação acima citada¹⁷.

A jurisprudência, no início do principado, foi determinante para a inserção do depósito entre os *contractus* típicos, passando a ser tutelado por ações *in ius ex fide bona*, quais sejam: a *actio depositi directa*, concedida em favor do depositante, gerando

⁸ JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 24.

⁹ *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 32.

¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Op. cit.*, p. 491.

¹² CURA, António Alberto Vieira, “*Fiducia cum creditore*” – Aspectos gerais. Suplemento do BFDUC, Coimbra, v. XXXIV, p. 41, 1990.

¹³ *Ibidem*, p. 41/42.

¹⁴ Nesse sentido: JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 33.

¹⁵ “*Ex causa depositi lege duodecim tabularum in duplum actio datur*” – “Por causa de depósito, pela Lei das XII Tábuas é dada uma ação pelo duplo”. (*Ibidem*, p. 33.)

¹⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 490/491.

¹⁷ *Ibidem*, loc. cit.

para o depositário a infâmia, e a *actio depositi contraria*, beneficiando o depositário¹⁸. O fato de ser uma *actio bonae fidei* possibilita ao juiz uma análise mais abrangente do que a anterior *actio in factum* de direito estrito¹⁹.

2.3. O Conceito de Depósito no Direito Romano e Suas Principais Características

O depósito pode ser definido como um contrato real, bilateral imperfeito, gratuito e de boa-fé, no qual uma pessoa, chamada de depositante, entrega a outra, conhecida como depositário, uma *res* móvel para que a guarde e a restitua em prazo determinado ou quando o depositante o reclame²⁰.

De acordo com a classificação romana, nos contratos reais exige-se para o seu aperfeiçoamento o acordo de vontade das partes contratantes e a realização de um acto material, a *datio* ou a *traditio* de uma coisa²¹. Diferem dessas espécies os contratos consensuais, caracterizados por bastar o acordo de vontades, manifestado de qualquer modo, sem forma determinada, para a sua validade, e dos contratos verbais e literais, nos quais se exige forma determinada para celebração do negócio²².

A natureza real do contrato de depósito é extraída da análise das *Institutiones* de Justiniano, I. 3,14,3²³. Santos Justo aduz que na época clássica, nomeadamente nas *Institutiones* de Gaius, o depósito é omitido da categoria de contratos reais. O renomado autor atribui tal fato à não transferência da propriedade, como ocorre no *mutum* e na *indebiti solutio*. Acrescenta, ainda, que a sua consagração como contrato real, já no Direito Justinianeu, deve-se à descaracterização clássica de *datio* e à abrangência do significado conferido à *traditio*²⁴.

A legislação brasileira, seguindo as influências do Direito Romano, confere ao contrato de depósito a natureza real. Esse negócio jurídico somente se perfaz com a efetiva *traditio* da coisa, conforme se extrai da exegese do artigo 627 do Código Civil Brasileiro.

A inexistência da tradição da coisa móvel, segundo a doutrina brasileira²⁵, transforma a avença em verdadeira promessa de contratar, aplicando-se nesse caso

¹⁸ *Ibidem*, p. 491/492.

¹⁹ Santos Justo afirma que antes da fórmula *in ius concepta* é possível verificar uma fórmula *in factum* para tutelar os direitos do depositante. Cuida-se de uma ação de direito estrito. Assim sendo, a análise do juiz é restritiva, ou seja, “se provar condena, se não absolve” (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 35). Não se admitia nessas ações uma análise abrangente, como era permitida nas ações de boa-fé. O autor apresenta dois textos para demonstrar o tratamento anteriormente conferido. O primeiro de Ulpiano – D. 16,3,1.1 – e o segundo de Gaius – 4,47. Em ambos é possível verificar que o magistrado estaria limitado pela natureza da ação, qual seja, de direito estrito. Essa natureza possibilitava que o julgador somente podia analisar se a *res* não havia sido restituída ao depositante por *dolus malus* do depositário. Não era permitida uma análise completa da atuação do depositário.

²⁰ JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 41.

²¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 481 e JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 33/34.

²² JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 48.

²³ “*Praeterae est is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur et actione depositi, qui et ipse de ea re quam accepti resituenda tenetur*”. – “Ademais, também aquele em que se deposita alguma coisa fica obrigado por um contrato real e pela ação de depósito, sendo obrigado a devolver a mesma coisa que recebeu.” (*Ibidem*, p. 23.)

²⁴ *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 25.

²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. III, p. 214.

os regimentos atinentes aos contratos preliminares preconizados nos artigos 462 e seguintes do Código Civil²⁶; admite-se, inclusive, a tutela específica preconizada no artigo 464 do citado diploma legal²⁷.

No Direito Romano uma das características essenciais do contrato de depósito é a sua gratuidade, conforme previsto claramente nas *Instiutiones*, l. 3,26,13²⁸. O pagamento desconfigurava por completo esse negócio jurídico, persistindo o contrato de locação. O pagamento é a principal diferença entre o *depositum* e a *locatio-conductio*.

Santos Justo, apesar de reconhecer a característica da gratuidade no depósito, visualiza a existência de alguns textos com referências, em algumas situações, de um *pretium depositu*²⁹, conforme se verifica em D. 47,8,2,23-24³⁰. Moreira Alves, na esteira do posicionamento do autor português, afirma que a gratuidade era elemento essencial no direito clássico, no entanto, admite que no Direito Justiniano existem textos aduzindo que o depositário deveria pagar uma quantia módica³¹.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a presunção de gratuidade do negócio jurídico, conforme previsto no artigo 628 do Código civilista. O citado dispositivo aduz que a presunção de gratuidade é elidida quando preconizada de forma diferente pelos contraentes, na hipótese de o contrato resultar de atividade negocial ou se o depositário o praticar por profissão, diferindo nesse aspecto do tratamento conferido no Direito Romano. A gratuidade, apesar de continuar como regra no sistema, admite previsão em sentido contrário, perdendo a essencialidade caracterizada no sistema romano. A previsão da gratuidade como regra, por si só, demonstra um resquício de influência romanista nesse aspecto na legislação brasileira.

A maioria da doutrina brasileira critica o uso da presunção da gratuidade, verdadeiro resquício do Direito Romano previsto no artigo 628 do Novo Código Civil, pois ela não encontra

²⁶ O renomado jurista Serpa Lopes, ao interpretar o Código Civil de 1916, que nesse particular teve o regramento mantido pela nova codificação, reconhece a unanimidade doutrinária acerca da natureza real do contrato de depósito, entretanto, afirma a possibilidade do aperfeiçoamento apenas pelo consenso. Sustenta que nesse caso o depositante poderia exigir do depositário o recebimento da coisa em depósito (LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 4).

²⁷ As doutrinas brasileira e portuguesa vêm divergindo bastante acerca da possibilidade da tutela específica dos contratos preliminares gratuitos. O ponto nodal da divergência refere-se à compatibilidade da natureza da obrigação com a execução específica. O artigo 830º do Código Civil Português e o artigo 464 do Código Civil Brasileiro impedem a tutela específica dos chamados contratos-promessas quando a natureza das obrigações assumidas for incompatível com a execução específica. Em que pesem posicionamentos contrários, como, por exemplo, os de Ana Prata e Caio Mário da Silva Pereira, a melhor doutrina, em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, manifesta-se em prol da admissibilidade da tutela específica.

²⁸ “[...] *quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium. His casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intellegitur.*” – “Naqueles casos em que por ter aceitado o encargo sem remuneração se contrai o mandato ou depósito, nos mesmos, intervindo remuneração, se entende que se contraiu uma locação-condução.” (JUSTO, Antonio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antonio Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 24.)

²⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁰ “[...] *si in re deposita culpam quoque repromisi vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est et si cesset actio furti ob rem depositam [...]*” – “Se em relação à coisa depositada prometi também responder por culpa ou se recebi um preço do depósito, não como remuneração (*merces*), deve-se dizer com mais utilidade que, ainda que deixe de ter lugar a acção de furto pela coisa depositada [...]” (*Ibidem*, p. 25.)

³¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 492.

consonância com os fatos modernos da vida diária, porque a maioria das modalidades dos depósitos hoje existentes é remunerada, como por exemplo, guarda de automóveis em garagens, de vestuários em teatros, aluguel de cofres e valores, entre outros³².

O depósito é um contrato bilateral imperfeito³³, porque as obrigações do depositante não surgem no momento da celebração do contrato, mas sim posteriormente. No Direito Romano a inserção do depósito entre os contratos bilaterais imperfeitos é ponto pacífico na doutrina. Na atualidade, a questão não se apresenta tão pacífica entre os autores brasileiros. Alguns doutrinadores³⁴ sustentam que o contrato é, em regra, unilateral, porque somente o depositário assume obrigações. E, caso no decorrer do contrato venham a nascer obrigações para o depositante – pagamento de despesas com a conservação da coisa –, ele passará a ser bilateral imperfeito. O posicionamento doutrinário em comento parte de uma premissa equivocada. A possibilidade do surgimento das obrigações, por si só, já denota que o contrato é bilateral imperfeito³⁵.

A natureza *bonae fidei* do contrato de depósito no Direito Romano está pacificada na doutrina. Essa classificação utiliza como critério a ação que tutela o contrato. O contrato pode ser de boa-fé, aquele tutelado por ação de boa-fé, e de direito estrito (*stricti iuris*), no qual é assegurada a ação de direito estrito. A diferença entre as duas ações é que na primeira o juiz tem o campo de apreciação mais alargado – existe uma elasticidade maior nas obrigações, que alcançam os limites estabelecidos pela lealdade nos contratos –, ao passo que na segunda o magistrado está adstrito a julgar em conformidade estritamente com a fórmula, resultando de obrigações cujos limites estão predeterminados pelas partes de forma rígida³⁶.

O objeto do depósito, por sua vez, é uma *res* móvel com individualidade própria³⁷, conforme se verifica em D. 12, 1, 2pr.³⁸. Nesse ponto, é possível verificar grande influência do Direito Romano na sistemática brasileira. O artigo 627 do Código Civil brasileiro aduz expressamente que, pelo depósito, recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame. A exclusão dos imóveis não é regra aplicada em todos os ordenamentos jurídicos. O Direito Português, por exemplo, no artigo 1185.³⁹, admite o depósito de bens imóveis, escapando da tradição romanista.

³² Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3, p. 388.

³³ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 491; e JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 41.

³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7; e RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁵ Nesse sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p. 388.

³⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*, p. 477.

³⁷ JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 25.

³⁸ “*Mutuum damus recepturi non eandem speciem quam dedimus (alioquin commodatum erit, aut depositum), sed idem genus: nam si aliud genus, veluti ut pro tritico vinum recipiamus, non erit mutuum.*” – “Damos em mútuo para receber não a mesma espécie que demos, pois de outro modo será comodato ou depósito, mas o mesmo gênero: porque se recebemos outro gênero, por exemplo, vinho por trigo, não será mútuo”. (*Ibidem*, p. 25.)

³⁹ Artigo 1185.º do Código Civil Português: “Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa móvel ou imóvel, para que guarde, e a restitua quando for exigida”.

Apesar de o artigo 627 do Código Civil Brasileiro mencionar somente a incidência do depósito sobre bens móveis, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vêm admitindo, notadamente nas hipóteses de depósito judicial e sequestro, a sua aplicação também aos imóveis. Caio Mário da Silva Pereira⁴⁰ aduz que o direito nacional admite a celebração do contrato de depósito de bens imóveis, consoante o previsto no artigo 17 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937⁴¹, e no artigo 666, inciso II, do Código de Processo Civil⁴². Ressalta, por fim, que a doutrina brasileira sempre teve muito preconceito em admitir o depósito de bens imóveis, influenciado pelo Código Civil Napoleônico⁴³.

A análise do ordenamento jurídico brasileiro permite verificar que ele se aproxima muito mais do Direito Romano do que, por exemplo, a legislação portuguesa. O Código Civil continua a preconizar como regra geral a inadmissibilidade do depósito de bens imóveis (*vide* artigo 627). A sua permissão é excepcional e somente pode ser admitida quando existir determinação legal nesse sentido. Já o Código Civil Português, no próprio conceito de depósito, permite que os bens imóveis sejam objeto desse negócio jurídico, afastando-se, assim, das influências romanistas.

2.4. Natureza do Contrato de Depósito

O contrato de depósito, conforme já explicitado, é de natureza real, ou seja, a *traditio* é indispensável para o seu aperfeiçoamento. Com a *traditio*, o depositário torna-se detentor da *res* depositada. Segundo os ensinamentos de Santos Justo⁴⁴, não pairam dúvidas nas fontes, conforme se verifica em Gaius 4, 153⁴⁵ e em D. 16, 3, 17, 1⁴⁶. Diante desse fato, o depositário não goza dos *interdicta* possessórios, bem como não pode adquirir a propriedade por usucapião.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – contratos*, p. 330.

⁴¹ “Art. 17. Pagas todas as prestações do preço, é lícito ao compromitente requerer a intimação judicial do compromissário para, no prazo de trinta dias, que correrá em cartório, receber a escritura de compra e venda. Parágrafo único. Não sendo assinada a escritura nesse prazo, depositar-se-á o lote comprometido por conta e risco do compromissário, respondendo este pelas despesas judiciais e custas do depósito.” O Decreto-Lei nº 58 de 1936 dispõe acerca do loteamento e a venda de terrenos para pagamentos em prestações. A Lei nº 6766 de 1979 regulamentou o parcelamento de solo urbano no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem como espécie o loteamento e o desmembramento. Inicialmente imaginou-se uma possível revogação do Decreto-Lei nº 58/36, entretanto, pacificou-se o entendimento no sentido de sua aplicação para os imóveis rurais, já que o artigo 1º da Lei nº 6766/76 preconiza expressamente a incidência da legislação somente em relação aos imóveis urbanos. (Nesse sentido, VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Direitos Reais*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2005, p. 526/527).

⁴² “Art. 666. Os bens penhorados serão preferencialmente depositados:

[...]

II – em poder do depositário judicial, os móveis e os imóveis urbanos;

[...].”

⁴³ No mesmo sentido: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*, p. 387.

⁴⁴ JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 40.

⁴⁵ “[...] *per eos quoque, apud quos deposuerimus [...] ipsi possidere videmur; et hoc est, quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessionem*”. – “Também se estima que possuímos através daqueles a quem temos entregado em depósito [...] Isto é o que correntemente se expressa dizendo que de pode conservar a posse mediante alguém que tenha a coisa em nosso nome”. (*Ibidem*, loc. cit.)

⁴⁶ “*Rei depositae proprietates apud deponentem manent: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est*”. – “A propriedade de uma coisa depositada permanece no depositante e também a posse, se não foi depositada num sequestrador”. (*Ibidem*, p. 41.)

2.5. Obrigações do Depositário

As obrigações do depositário são⁴⁷: manter a coisa sob a sua guarda, restituir a coisa no momento em que for solicitada pelo depositante e responder pela perda ou avaria da coisa.

Cada uma dessas obrigações será abordada nos respectivos subitens a seguir.

2.5.1. Manter a Coisa sob a Sua Guarda

O dever de guarda significa que o depositário deve cuidar da *res* com a diligência e a vigilância necessárias em face da natureza e do destino econômico-social da coisa em questão.

O depositário não pode usá-la, sob pena de cometer o delito (privado) de furto de uso. O não uso é uma decorrência lógica do dever de guardar a coisa oriundo do tipo contratual. Essa ideia esteve presente tanto na época clássica como no direito de Justiniano⁴⁸, conforme se extrai da análise dos textos Gaius 3, 196⁴⁹, I. 4, 1, 6⁵⁰ e D. 16, 3, 29⁵¹.

O Direito Brasileiro, em conformidade com o esculpido no artigo 627 do Código Civil, considera a guarda uma obrigação precípua do depositário, sendo o uso da *res* vedado. A impossibilidade do uso da coisa constitui o ponto nodal que diferencia o contrato de depósito do comodato. É da natureza do depósito ser o negócio em benefício do depositante e não do depositário. A admissibilidade do uso da coisa acabaria por confundir o depósito e o próprio comodato⁵².

Uma questão interessante destacada pela romanística é a possibilidade de o depositário usar o bem de boa-fé, presumindo uma permissão do outro contraente, ou autorizado pelo depositante. Nessas duas situações ele não incorrerá no furto de uso. Na primeira situação existe, desde o início, um comodato, ao passo que na segunda o depósito é transformado em comodato. Diante disso, conclui-se que a *res* usada sem autorização do depositante configura um ato ilícito, ao passo que na situação de boa-fé ou com autorização do depositante estar-se-á diante de uma incompatibilidade com o depósito⁵³.

⁴⁷ A classificação das obrigações apontada é fornecida por Moreira Alves (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 491). Santos Justo utiliza uma delimitação diferenciada. O renomado autor divide as obrigações do depositário em: a) dever de custódia (guarda), que se subdivide em não uso e restituição; e b) as obrigações decorrentes da responsabilidade (JUSTO, Antônio Santos. *Op. cit.*, p. 41).

⁴⁸ JUSTO, Antônio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antônio Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*, p. 42.

⁴⁹ “*Itaque si quis re quae apud eum deposita sit utatur, furtum committit*”. – “Assim, pois se alguém utiliza uma coisa que tem depositada em sua casa, comete furto”. (*Ibidem*, *loc. cit.*)

⁵⁰ “*Furtum autem fit non solum, cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet, sed generaliter cum quis alienam rem invito domini contractat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea res utatur*”. – “Há furto, não só quando alguém subtrai uma coisa do outro para se apropriar dela, mas também em geral, quando tem uma coisa contra a vontade do seu dono. Assim, quando o credor se serve da coisa que lhe foi dado em penhor ou o depositário, da que lhe foi confiada à sua custódia.” (*Ibidem*, *loc. cit.*)

⁵¹ “*Si sacculum vel argentum signatum deposuerit et is penes quem depositum fuit me invito contractaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit*”. – “Se eu tivesse depositado uma bolsa ou prata selada e aquele em cujo poder se depositou as tiver usado contra a minha vontade, compete-me contra ele tanto a ação de depósito como a de furto.” (*Ibidem*, *loc. cit.*)

⁵² Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 341; RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*, p. 269.

⁵³ Nesse sentido: HERRERA, Ramón. *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito en Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988. p. 1.422-1.428; e JUSTO, Antônio

2.5.2. Restituir a Coisa no Momento em que For Solicitado pelo Depositante

Saliente-se que essa devolução deve ser feita da mesma forma que foi recebida, sem qualquer deterioração⁵⁴, e acrescida de todos os frutos que a coisa produziu durante o período em que esteve depositada⁵⁵. A restituição independe de *pactum* expresso nesse sentido, porque tem a sua causa na *datio rei*.

A doutrina visualiza que o dever de restituir deve ser desdobrado em quatro elementos: a) quem deve restituir; b) a quem restituir; c) onde restituir; e d) quando restituir⁵⁶.

O dever de restituir compete ao sujeito passivo da relação jurídica obrigacional, que é por essência o depositário.

O negócio jurídico, como já afirmado, é previsto em benefício do depositante; logo, a doutrina brasileira sustenta que a devolução deverá ocorrer com a simples solicitação, *ad nutum*. Mesmo na hipótese de fixação de termo, basta o requerimento para a sua restituição, uma vez que ele funciona sempre a favor do depositante.⁵⁷

Essa conclusão também é encontrada em diversos textos do Direito Romano, conforme se verifica em D. 16, 3, 1, 16⁵⁸.

O sujeito ativo do contrato é o depositante; logo a restituição, em regra, deve ser feita para ele. A doutrina brasileira, entretanto, admite a devolução para seu representante legal ou convencional. Além disso, o artigo 632 do Código Civil permite a celebração do contrato e depósito em favor de terceiro.

Santos Justo⁵⁹ admite que, no Direito Romano, a *res* seja restituída a um terceiro, possibilitando que seja utilizada por ele a *actio depositi*. Essa conclusão é referida por Paulus em D. 16, 3, 26⁶⁰.

Santos. *O depósito no direito romano* – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 42.

⁵⁴ D. 16,3,1,16: “*Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior reddatur, potest dici dolo malo redditam non esse*”. – “Se se devolver deteriorada a coisa depositada, pode intentar-se acção de depósito, como não se tiver devolvido; porque quando se devolve deteriorada, pode dizer-se que não foi devolvida por dolo mau”. (*Ibidem*, p. 43.)

⁵⁵ D. 16,3,1,24: “*Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partum, dicendum est, ne nuda res veniat*”. – “E por isto deve dizer-se que se compreendem nesta acção (*actio depositi bonae fidei*) não só os frutos e toda a causa, mas também os partos, de sorte que pode dizer-se que a coisa não se restitua nua”. (*Ibidem*, loc. cit.)

⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil* – contratos. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III, p. 334.

⁵⁷ Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p.367.

⁵⁸ “*Si res deposita deterior reddatur, quae non reddita agi depositi potest: cum enim deterior reddatur, potest dici dolo malo redditam non esse*”. – “Se se devolver a coisa depositada, pode intentar-se a acção de depósito, como se não tiver devolvido; porque quando se devolve deteriorada, pode-se dizer que não foi devolvida por dolo mau”. (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano* – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 57.)

⁵⁹ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁰ “*Publia Maevia cum profisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Seiae et dixit ei: cum sana salvave venero, restitues, mihi: certe, si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi defuncta ea intestata deisdero res commendate cui restitui debeant, filio an marito. Paulus respondit filio.*” – “Ao pôr-se a caminho para ir aonde estava o seu marido, Púbia Mévia depositou em Caio Seia uma arca fechada com roupa e instrumentos, e disse-lhe: quando regressar salva e sã, restituir-mos-ás, mas se verdadeiramente me tiver sobrevivendo a morte, restitui-los-ás ao meu filho que tive de outro marido. Tendo falecido sem testar, pergunto: a quem deverão restituir-se as coisas depositadas, ao filho ou ao marido? Paulo respondeu: ao filho.” (*Ibidem*, p. 58.)

Rotondi, citado por Santos Justo, aduz que é possível a ação ser utilizada por um terceiro que não é nem o depositante nem o seu herdeiro. O renomado autor suscita uma possível estrutura translativa⁶¹.

O artigo 631 do Código Civil preconiza que o bem deve ser devolvido, em rigor, no local convencionado ou, no silêncio, no local do depósito. A regra no Direito Romano é que a devolução deve ser realizada no local onde o bem se encontra, salvo se houve pactuação em sentido contrário, conforme se refere Pomponius em D. 16, 3, 12pr.⁶².

O depósito não gozava, no Direito Justiniano, do direito de retenção, conforme se verifica em C. 4, 34, 11⁶³. A compensação e a possibilidade de qualquer *exceptio* também estão ausentes, de acordo com o que se observa nesse passo do *Codex* e em I. 4, 6, 30⁶⁴. Isso demonstra claramente a importância do dever de restituição no contrato de depósito. Paschal Pichonnaz aduz que a proibição da compensação somente ocorreu em Justiniano e apenas para situações específicas – nomeadamente na *actio depositi directa* na qual a coisa ainda existe ou foi destruída⁶⁵.

2.5.3. Responder pela Perda ou Avaria da Coisa

A última obrigação do depositário refere-se à responsabilidade sobre a *res*. Nesse aspecto é imprescindível uma diferenciação temporal. Na época clássica a responsabilização do depositário dependia de uma conduta dolosa, entendimento praticamente unânime na romanística⁶⁶, ao passo que no Direito Justiniano o pressuposto é o dolo ou a *culpa lata*⁶⁷.

⁶¹ O renomado autor apresenta dois textos para fundamentar o seu posicionamento: D. 16,3,1,22 – “*Est autem et apud Iulianum [...] scriptum eum qui rem deposuit statim agree: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscepit, quod reposcenti rem non redda*”. – “Mas acha-se escrito também em Juliano [...] que quem depositou uma coisa pode intentar desde logo a acção de depósito; porque, por isto mesmo, obra com dolo quem a recebeu, por não a devolver a quem reclama a coisa” e D.16,3,1,46 – “*Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego et heres meus agere depositi, ego mutata voluntate*”. – “Por conseguinte, também se eu tiver depositado de modo que me seja devolvida depois da minha morte, não só eu, mas também o meu herdeiro poderemos intentar a acção de depósito [...]” (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 53).

⁶² “*Depositum eo loco restitui debet in quo dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest*”. – “O depósito deve ser restituído no local em que se encontra, sem dolo malo daquele em que se depositou; e nada importa onde se depositou”. (*Ibidem*, loc. cit.)

⁶³ *Idem*. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 42.

⁶⁴ *Idem*. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 46.

⁶⁵ PICHONNAZ, Pascal. L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, 3.ª série XLVI, p. 393-425, 1999. Disponível em: <www.2.ulg.ac.be/vinitor/rida>. Acesso em: 19 de maio de 2012.

⁶⁶ Santos Justo cita duas fontes para confirmar o seu posicionamento: Gaius, 3,207: “*Sed is apud quem res deposita est, custodiam non praestat tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit*”. – “Mas a quem foi entregue uma coisa em depósito não responde por custódia; tão só ficaria obrigado a ela se faz algo na coisa com dolo mau”; 48 e D. 16,3,1,47: “*Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit ignarus depositam vel commodatam, na teneatur, et quia dolo non fecit, non tenebitur de re*”. – “Mas como nesta acção se compreende somente o dolo, perguntou-se se o herdeiro, que vendeu uma coisa dada em depósito ou em comodato ao testador, se obrigará ignorando que estava depositada ou dada em comodato. E como não actuou com dolo, não se obrigará em relação a coisa”. (JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 48).

⁶⁷ Nesse sentido: ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 492.

Em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, a teor do artigo 642 do Código Civil, o depositário responde por culpa ou dolo, somente admitindo a sua exclusão caso comprove a ocorrência de força maior. A legislação não distinguiu o depósito gratuito do oneroso, estipulando o mesmo regramento para ambas as hipóteses⁶⁸.

Na exegese do artigo 642 do Código Civil exsurgem duas questões bastante interessantes que a doutrina brasileira vem discutindo. A primeira refere-se à possibilidade de a responsabilidade civil do depositário ser objetiva, e a segunda diz respeito à omissão do legislador no tocante ao caso fortuito.

A doutrina dominante sustenta que a natureza da responsabilidade civil é contratual e subjetiva. O emprego da expressão força maior não transformou a responsabilidade em objetiva. Caso o legislador desejasse, deveria ter feito menção expressa. A exegese da citada expressão também deve abranger o caso fortuito⁶⁹. Saliente-se que a diferenciação entre caso fortuito e força maior gera grandes embates na doutrina brasileira, chegando alguns a considerá-los sinônimos⁷⁰.

O caso fortuito, no Direito Romano, também é caso de exclusão da responsabilidade civil, independentemente de se a *res* está em poder do depositário ou do depositante⁷¹.

A doutrina romanística aduz que o depositário pode: a) exigir do depositante o reembolso das despesas realizadas com o objetivo de conservar o bem depositado; b) demandar o depositante com o fito de exigir a reparação dos danos ocorridos em face da *res* depositada, nomeadamente na hipótese de escravo com vício de roubar; c) ser ressarcido das despesas com o transporte, na hipótese de ter sido acordada a restituição em local diverso daquele em que a *res* se encontrava depositada⁷².

2.6. Situação do Depositante

O contrato de depósito, conforme já explanado neste trabalho, é bilateral imperfeito. O simples exame da sua estrutura enseja a conclusão de que nem sempre surgem obrigações para o depositante. Em regra, a esfera jurídica do depositário é maior do que a do próprio depositante, o qual, após a entrega da *res*, tem poucas obrigações. Já em relação ao depositário, que tem a detenção do bem objeto do contrato, as obrigações e responsabilidades são maiores.

Assim sendo, podem-se caracterizar como obrigações do depositante no Direito Romano: a) o pagamento das despesas com o transporte da *res* quando sua restituição, em face de pactuação, for realizada em local distinto daquele em que o bem se encontrava; b) ressarcimento dos danos causados pela *res*⁷³; c) ressarcimento das despesas necessárias.

⁶⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*, p. 394.

⁶⁹ Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 401.

⁷⁰ Nesse sentido: STOCCHI, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 65.

⁷¹ Nesse sentido: JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 51.

⁷² *Ibidem*, p. 53.

⁷³ Nesse caso, segundo Santos Justo, não seria mais necessária a incidência de uma *culpa lata*, como se verifica no caso do depositário, mas sim de uma *culpa levis (in abstracto)* (JUSTO, António Santos. O depósito

2.7. Tutela do Depositante e Depositário

O Direito Romano tutelava o depositante por intermédio da *actio depositi* e o depositário através da *actio depositi contraria*. Mas, além dessas ações, persistia a *actio in factum* criada pelo pretor.⁷⁴

É possível que a *actio depositi* seja intentada em face de qualquer dos depositários, em razão da solidariedade que vigorava no Direito Justinianeu.⁷⁵ A eventual condenação do depositário ensejava a nota de *infamia*.⁷⁶

Saliente-se que a possibilidade da *actio depositi* não excluía a propositura de outras demandas⁷⁷ caso o depositante fosse, também, proprietário da *res* – por exemplo: a *rei vindicatio*, a *actio exhibitoria* e a *actio furti*.⁷⁸

Na atualidade, o ordenamento jurídico brasileiro permite a propositura de uma ação de depósito, entretanto, os objetivos são um pouco diferentes e se aplicam somente a obrigações de natureza civil.

A questão que vem gerando muita controvérsia na doutrina e na jurisprudência brasileiras é a possibilidade da prisão civil do depositário infiel, admitida pelo artigo 5º LXVII da Constituição Federal. A legislação infraconstitucional acompanha a previsão da Lei Maior, também permitindo a prisão do depositário, conforme se verifica da leitura do artigo 652 do Código Civil e do artigo 902 do Código de Processo Civil. Os citados regramentos eram totalmente incompatíveis com o Pacto de São José da Costa Rica, que proibia, no artigo 7º, a prisão civil por dívidas.

Em um primeiro momento o Supremo Tribunal Federal (STF), pautado no argumento que os tratados internacionais eram internalizados com *status* de lei infraconstitucional, decidiu pela aplicação do dispositivo constitucional, admitindo a prisão do depositário infiel.

no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 53).

⁷⁴ ALVES, José Carlos Moreira, ob. citada, p. 493-494.

⁷⁵ D. 45,2.9pr.: *Eandem rem duos pariter deposuit utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione, conductione, deposito, comodato...* – “Depositum a mesma coisa em poder de dois depositários, fiando-me solidariamente nos dois ou deixei-lhes em comodato a mesma coisa de igual maneira: tornam-se promitentes solidários, porque (a solidariedade surge) não só das palavras da estipulação, mas também de outros contratos, como a compra e venda, a locação, o depósito, o comodato...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 55).

⁷⁶ I.4,16,2: *“Ex quibus iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti (...) depositi, directis non contrariis actionibus...”* – “Em algumas ações, a condenação leva consigo a infâmia, tais como (...) o depositário (nas ações) directas, mas não contrárias...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 10).

⁷⁷ C.4,34,1: *“...Quod si praetextu latrocinii commissi vel alterius fortuiti casus res, quae in potestate heredis sunt vel quas dolo desisiit possidere, non restituuntur, tam depositi, quam ad exhibendum actio, sed et in rem vindicatio competit.”* – “...Mas se a pretexto de latrocínio cometido ou de outro acidente fortuito, as coisas não forem restituídas, estando em poder do herdeiro ou que, com dolo, deixou de possuir, compete acção de depósito, assim como a de exibição e também a reivindicação da coisa...” (JUSTO, António Santos. *O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português*, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 55).

⁷⁸ *Ibidem*, p. 55.

No dia 3 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-SP, a Corte Constitucional reviu seu posicionamento e, por maioria de votos, pôs fim à prisão civil do depositário infiel. O fundamento da decisão foi a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, que introduziu o parágrafo 3º no artigo 5º da Lei Maior, conferindo valor de emenda constitucional ao tratado que fora aprovado com *quórum* qualificado nas duas Casas Legislativas.

Diante do exposto, hoje não é mais possível a prisão civil do depositário infiel, devendo o artigo 652 do Código Civil ser interpretado em conformidade com o texto constitucional.

O depositário podia utilizar a *actio depositi contraria*, que permitia a obtenção do ressarcimento dos danos causados pelo bem, a indenização das despesas necessárias e daquelas realizadas com o consentimento do depositante.

O direito de retenção, mecanismo atualmente preconizado pelo artigo 644 do Código Civil, pode ser definido como a faculdade concedida pela lei ao credor de conservar em seu poder a coisa alheia, que já detém legitimamente, além da época em que já deveria restituir e só não o fez em razão de possuir um crédito. Esse direito, em rigor, persiste até a extinção desse crédito. Recorde-se que o citado instituto foi afastado do Direito Justiniano.⁷⁹

Uma questão bastante interessante é saber a real natureza do direito de retenção, ou seja, aferir se é um direito real ou pessoal. Os direitos reais são *numerus clausus*, sendo o seu rol taxativo. Nesse ponto, a legislação não elencou o direito de retenção entre os direitos reais. Note-se, ainda, que existem certas características típicas dos direitos reais, como oponibilidade *erga omnes*, sequência e preferência, que não estão presentes no direito de retenção⁸⁰.

3. Depósitos Especiais

O Direito Romano preconizava, além da figura do depósito regular, já abordado neste estudo, outras três espécies de depósitos, chamados de especiais: a) o depósito necessário, também denominado miserável; b) o depósito irregular; c) e o sequestro⁸¹.

3.1. Depósito Necessário (*Depositum Miserabile*)

O depósito necessário é o depósito forçado, feito em situações excepcionais, nas quais é totalmente impossível, em razão do momento fático, a livre escolha do depositário. Nessas situações a liberdade de escolha com fundamento na confiança fica obstada (D. 16, 3, 1, 2⁸²). A ocorrência de alguma calamidade, pública ou privada,

⁷⁹ O direito de retenção no Direito Romano foi analisado na página 18 do presente trabalho.

⁸⁰ Nesse sentido: LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 407; LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*, p. 160.

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 493.

⁸² “*Merito has causas deponendi separavit praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendente, non ex voluntate proficiscentem*” – “O pretor separou com razão estas causas de depósito que contêm uma causa fortuita de depositar, a qual deriva da necessidade e não da vontade”.

como incêndio, naufrágio ou desabamento, possibilita a incidência desse tipo de depósito especial (D. 16, 3, 1, 1⁸³ e D. 16, 3, 1, 3⁸⁴).

Ele foi acolhido pela legislação brasileira no artigo 647 do Código Civil, e a doutrina o divide em: a) depósito necessário legal – aquele que decorre de determinação legal – e depósito necessário miserável – celebrado em razão de uma situação imprevista⁸⁵.

Esse depósito especial apresenta um caráter de menor liberdade das partes. O efeito da necessidade em que se encontra o proprietário não retira a liberdade de consentimento das partes contratantes⁸⁶. Na sistemática da legislação civil, em conformidade com o previsto no artigo 651 do Código Civil, no depósito necessário, diferente do que ocorre no voluntário, a gratuidade não se presume. Esse fato decorre da maior aproximação do contrato com o negócio jurídico de prestação de serviços.

3.2. Depósito Irregular

Entende-se por depósito irregular o contrato mediante o qual alguém transfere a propriedade de uma coisa fungível a outrem, que se obriga a restituir, quando solicitado, coisa da mesma espécie, quantidade e qualidade.

Moreira Alves aduz que o caso mais frequente desse contrato em Roma era o depósito bancário, no qual o banqueiro recebia o dinheiro em depósito e se obrigava a devolvê-lo com juros. É verdade que por muito tempo alguns juristas clássicos, influenciados pelo mundo helênico, não consideravam esse negócio jurídico como depósito, mas sim o mútuo. No Direito Justiniano o contrato é considerado de depósito e os juros passam a ser celebrados mediante um pacto anexo⁸⁷.

A discussão originada em Roma continua ensejando um grande embate na doutrina brasileira. O artigo 645 do Código Civil prevê que o depósito de coisas fungíveis, no qual o depositário se obriga a restituir a *res* de mesmo gênero, quantidade e qualidade, terá aplicadas as regras do mútuo.

A análise do dispositivo permite verificar que o legislador, ao mesmo tempo em que conferiu natureza de depósito a esse negócio jurídico, optou, somente no tocante à aplicação das regras, por utilizar a normatização do mútuo. O citado regramento, que repetiu o disposto no artigo 1.280 do Código Civil de 1916, vem originando posições doutrinárias diferentes.

⁸³ *"Praetor ait: 'Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum [...]"* – "Diz o pretor: 'Pelo que tiver sido depositado, se não for por causa de tumulto, de incêndio, de desabamento ou de naufrágio, darei acção pelo valor simples 'da coisa'; mas se se deposita por alguma das causas acima referidas, darei acção pelo dobro 'do valor da coisa' [...]"

⁸⁴ *"Eum tamen deponere tumultus vel incendii vel cceterarum causarum gratia intellegendum est, qui nullam aliam causam deponendi habet quam imminens ex causis supra scriptis periculum"* – "Há de entender-se que deposita por tumulto, incêndio ou pelas demais causas 'referidas' aquele que não tem outra causa de depositar além do risco iminente pelas causas acima indicadas".

⁸⁵ Maria Helena Diniz acresce uma nova espécie de depósito na classificação fornecida pela doutrina clássica: o depósito do hospedeiro ou hoteleiro (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3, p. 315).

⁸⁶ Nesse sentido: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. XVIII, p. 80/81.

⁸⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*, p. 494.

Teresa Lopez⁸⁸ aduz que existem dois posicionamentos sobre o tema. Clóvis Beviláqua defende que há uma completa absorção de um instituto pelo outro⁸⁹. Serpa Lopes, na esteira dos ensinamentos de Teixeira de Freitas, sustenta que os institutos são diferentes. Apesar de o depósito irregular seguir as regras do mútuo, na essência os institutos são diversos, residindo a principal diferença no objetivo do prazo. No mútuo, o prazo corre em benefício do devedor (mutuário) e não do credor (mutuante), ao passo que no depósito, o prazo corre em benefício do depositante. A despeito de adotar esse posicionamento, no tocante ao depósito bancário, Serpa Lopes afirma a inequívoca intenção das partes em realizar um empréstimo, notadamente em face dos juros convencionados⁹⁰.

3.3. Sequestro

O sequestro configura-se quando duas ou mais pessoas entregam a *res* em depósito a outrem, para que esse entregue o bem à pessoa que estiver em determinada situação. Em rigor, o sequestro é usado quando existe litígio e os contraentes optam em dar o bem em depósito para um terceiro, que terá a obrigação de entregar a *res* para o vencedor da demanda. *Paulus* oferece uma explicação em D. 16, 3, 6⁹¹.

A *iurisprudencia* apresenta algumas diferenças em relação ao *sequestum*: a) a entrega da *res* por vários depositantes para ser guardada e restituída posteriormente; b) a *possessio ad interdicta* – e não a mera detenção; c) a possibilidade de o *sequester* – terceiro a quem foi confiado a *res* em depósito – solicitar ao pretor que se desobrigasse antes do prazo previsto⁹².

A romanística dividia o sequestro em duas modalidades: a) o voluntário – realizado em face do acordo de vários depositantes (D. 4, 3, 9, 3); b) e o judicial – feito por ordem do juiz que escolhe o depositário (D. 10, 2, 5).

A doutrina costuma compreender na dogmática do contrato de depósito o sequestro judicial. Alguns ordenamentos disciplinam o sequestro no Código Civil, entretanto, a legislação brasileira optou por normatizá-lo no Código de Processo Civil, notadamente nos artigos 822 e seguintes.

O instituto previsto na legislação processual não se confunde com o sequestro voluntário, instituto com origens romanísticas. Por ele entende-se o negócio no qual os contratantes ajustam o depósito de uma coisa litigiosa, em mãos de terceiro, até o desfecho da ação, com uma cláusula determinando a restituição do bem para o

⁸⁸ LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*, p. 411.

⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7ª tir. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 1958. v. V, p. 390.

⁹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*, p. 305.

⁹¹ “*Proprie autem in sequestre es depositum, quod a pluribus in solidum certa condictione custodiendum reddendumque traditur.*” – “Mas propriamente se depositou em sequestro o que por muitos se entrega solidariamente com certa condição para ser guardada e restituída.” (JUSTO, Antônio Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, Antônio Santos. *O sistema contratual romano* – de Roma ao direito actual, p. 64.)

⁹² *Idem*. *Direito privado romano II: direito das obrigações*, p. 44.

vencedor da demanda. Algumas legislações estrangeiras, como o Código Civil Italiano, artigo 1.798, e o Código Civil Francês, artigo 1.956, preveem expressamente o instituto. A legislação brasileira não o normatizou, entretanto, é possível a sua celebração levando-se em conta o princípio da autonomia da vontade e aplicando-se, nesse caso, as regras do depósito voluntário⁹³.

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7ª tir. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 1958. v. V.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Codificação e Interpretação para além das visões reductionistas do direito: uma reflexão a partir do devir histórico da experiência jurídica romana. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo: Síntese, ano XII, nº 73, 2011, p.200.
- CURA, Antonio Alberto Vieira. *Fiducia cum creditore – Aspectos gerais. Suplemento do BFDUC*, Coimbra, v. XXXIV, p.1-285, 1990.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro – contratos e atos unilaterais*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.
- HERRERA, Ramón. *La custodia como obligación singular del depositario en el contrato de depósito en Estudios en homenaje al Professor Juan Iglesias III*. Madrid, 1988.
- JUSTO, António Santos. O depósito no direito romano – algumas marcas romanas no direito português, p. 21-73. In: JUSTO, António Santos. *O sistema contratual romano – de Roma ao direito actual*. Lisboa: Coimbra, 2010.
- JUSTO, António Santos. *Direito privado romano II: direito das obrigações*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- JUSTO, António Santos. O direito brasileiro: raízes históricas. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, São Paulo: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, nº 20, 2001. p. 3/14.
- LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de direito civil*. 5ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Freitas Bastos, 1999. v. 4.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – contratos*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. III.
- PICHONNAZ, Pascal. L'interdiction de compenser dans le contrat de dépôt. *Revue Internationale des Droits de L'Antiquité*, 3ª série XLVI, p.393-425, 1999. Disponível em: <www.2.ulg.ac.be/vinitor/rida>. Acesso em: 19 maio 2012.

⁹³ Nesse sentido: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil – contratos*, p. 341.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz. Por uma nova docência universitária do Direito. *In*: PINTO, Eduardo Vera-Cruz. *O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual*. Edição Especial. PRIMEIRO CONGRESSO DE DIREITO ROMANO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa: Coimbra, 2010.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil – dos contratos e das declarações unilaterais de vontade*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. v. XVIII.

STOCCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. III.

VENOSA, Silvio de Sá. *Direito Civil – Direitos Reais*, 5ª Edição, São Paulo, Atlas, 2005, v. IV.